Beiträge zur Lehre von der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

Vorgelegt von

BENDIX VON BARGEN

Gerichtsreferendar aus Berlin

Marburg 1932

Druck: Doktordruck — Graphisches Institut Paul Funk,
Berlin SW 68, Friedrichstr. 231.

Als Dissertation von der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 10. März 1932.

Berichterstatter: Prof. Dr. Erich Jung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Bedeutung des § 687 II BGB 7

§ 2. Auslegung der Gesetzesbestimmung 9
1. § 687 I u. II BGB 9
2. Begriff des fremden Geschäfts 10
3. Ansprüche des Geschäftsherrn auf 13
a) die rechtsgeschäftliche Surrogation 13
aa) Verhältnis des § 687 II BGB zu § 816 I 1 BGB
bb) Unterschied zwischen § 687 II BGB und § 281 BGB
cc) Konkurrenz der Ansprüche aus § 687 II BGB, § 812, § 823 BGB.
b) Auskunftserteilung und Rechenschaftsablegung . . . 17
c) Schadensersatz 17
4. § 687 II S. 2 BGB 18

§ 3. Anwendbarkeit des § 687 II BGB bei Verletzung absoluter Rechte 20
1. Einschränkende Rechtsprechung des Reichsgerichts . . . 20
a) Ausnutzung fremder Urheber-, Patent- und Erfinderrechte 20
b) Mißbrauch fremden Warenzeichen-, Namen- und Firmenrechts; unlauterer Wettbewerb; Verstoß gegen Alleinein- und verkaufsrecht 23
c) Verletzung fremden Jagd-, Fischerei- und Bergrechts 30
2. Ausdehnung des § 687 II BGB auch auf grobfahrlässige Ausbeutung von Ausschlußrechten 32

§ 4. Zusammenfassung 34

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555603_0020

Literaturverzeichnis.

1. Baumbach, Kommentar zum Wettbewerbsrecht. 1929.
2. Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag. 1903.
3. Callmann, Der unlautere Wettbewerb. 1929.
4. Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 7. Aufl. 1922.
5. Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1902.
6. Dernburg, Das bürgerliche Recht. II. Bd. 2. Abt. 1915.
7. Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. 1930, I. Bd. 3. Aufl.
8. Ebbecke, Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag. In „Das Recht" 1921 S. 100.
9. Elster, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 1927.
10. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1903.
10. Enneccerus, Lehrbuch. 1928. II, 1.
12. Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 1927.
13. Franke, Herausgabe des Gewinns bei Verletzung absoluter Rechte. 1931.
14. v. Gierke, Deutsches Privatrecht. III. Bd. 1917.
15. Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. I. Bd. 2. Aufl. 1903.
16. Hagens, Warenzeichenrecht. 1927.
17. Haymann, Leipziger Zeitschrift 1930 S. 681.
18. Heck, Grundriß des Schuldrechts. 1929.
19. Isay, Abhandlungen zum Privatrecht. 1900. Bd. VI, 1.
20. — Patentgesetz. 1931.
21. Josef, Recht 22, S. 92.
22. — Rheinische Zeitschrift f. Zivilrecht. Nr. 3, 1911.
23. Jung, Bürgerliches Recht. In „Das gesamte deutsche Recht". Bd. I, 4, 1931.
24. — Das Wesen des schuldrechtlichen Grundes. In „Die Reichsgerichtspraxis" III. Bd. 1929.
25. — Die Bereicherungsansprüche. 1902.
26. Kaiser, Das deutsche Patentgesetz. 1907.
27. Kisch, Leipziger Zeitschrift 1927, S. 670.
28. — Handbuch des deutschen Patentrechts. 1923.
29. Kluckhohn, Ueber die Verpflichtung zur Herausgabe des bei dem Verkaufe einer fremden Sache erzielten Gewinnes. In Archiv f. Bürgerl. Recht 41, S. 171.
30. Kohler, Handbuch des deutschen Patentrechts. 1900.
31. — Autorrechtliche Studien. In Archiv f. d. ziv. Prax. Bd. 85 S. 455.
32. Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1928.
33. Lent, Der Begriff der auftragslosen Geschäftsführung. 1909.

34. Leonhard, Fr., Besonderes Schuldrecht. II. Bd. 1931.
35. — Bürgerliches Recht. 1926.
36. Lobe, Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung. 1907.
37. Loewenwarter, Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. III. Bd. Besonderer Teil. 1928.
38. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
39. Marwitz-Möhring, Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst in Deutschland. 1929.
40. Neumann, Deutsche Juristen-Zeitung 1901, S. 18.
41. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. 2. Abt. 1929.
42. Orth, Die Bereicherung im Patentrecht. 1928.
43. Osterrieth, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes. 1908.
44. Osterrieth-Marwitz, Das Kunstschutzgesetz. 1929.
45. Pinzger-Heinemann, Das deutsche Warenzeichenrecht. 1926.
46. Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II, 2. Hälfte 1928.
47. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. 1898.
48. Reichsgerichtsräte-Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch. II. Bd. 6. Aufl. 1928.
49. Riezler, Deutsches Urheber- und Erfinderrecht. 1909.
50. Römer, Archiv f. d. ziv. Prax. 119 S. 293.
51. Rosenthal, Wettbewerbsgesetz. 1930.
52. Sarx, Der Erlös aus gestohlenen Sachen. Marburger Diss. 1931.
53. Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb. Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 105.
54. Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung. 1915.
55. Schwabe, Verträge in fremdem Namen für eigene Rechnung. Göttinger Diss. 1904.
56. Schwarz, Das Bürgerliche Recht. I. Bd. 1909.
57. Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.
58. Simon, Der Anspruch auf die Ersatzvorteile. Kölner Diss. 1928.
59. Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 1929, I. Bd.
60. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. I. Bd., 12./13. Aufl. 1926.
61. v. Staudinger, Kommentar zum BGB. II. Bd. 3. Tl. 1929.
62. Titze, Recht der Schuldverhältnisse, 1928.
63. v. Thur, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1918.
64. Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. 1930.
65. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. II. Bd. 9. Aufl. 1906.
66. Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Das Sachenrecht. 1929.

§ 1.

Bedeutung des § 687 II BGB.

§ 687 II BGB hat in Rechtsprechung und Schrifttum allmählich immer mehr an Bedeutung gewonnen, denn er stellt einen der drei Fälle rechtsgeschäftlicher Surrogation im Schuldrecht dar. Als selbständige Ausgleichbestimmung steht er neben § 281 und § 816 I BGB und verpflichtet den Geschäftsführer vor allem zur Herausgabe des rechtswidrig erzielten Gewinnes. Damit ergibt sich die Notwendigkeit, eine Abgrenzung zwischen diesen drei Paragraphen vorzunehmen. Wenn es Fälle gibt, „die nur mit § 687 II BGB lösbar" sind, so erhält dadurch diese Bestimmung, die unter der Bezeichnung unechte Geschäftsführung ohne Auftrag bekannt ist, zugleich ihre Berechtigung und besondere Bedeutung. In der Tat lassen sich solche Beispiele beibringen, wie sich aus der folgenden Gegenüberstellung zeigt.

a) §§ 281, 687 II und 816 I BGB.

A leiht ein Buch von B und veräußert es wissentlich an den gutgläubigen C. — C wird nach § 932 BGB Eigentümer, B kann von A nach §§ 281, 687 II und 816 I BGB Herausgabe des Kaufpreises verlangen.

b) §§ 281 und 687 II BGB.

A verkauft ein Buch an B, dann nochmals an C und übergibt es diesem. — B kann gegen A nicht nach § 816 I BGB vorgehen, da A als Berechtigter verfügt hat; es ist nur möglich, nach §§ 281 BGB den Erlös zu fordern; § 687 II BGB käme hier nur dann in Frage, wenn man auch in diesem Falle von einem Fremdgeschäft spricht, obwohl kein absolutes Recht des B verletzt ist; B hat zwar kein Eigentum erworben, aber man kann doch hier die obligatorische Bindung zwischen A und B („iuris vinculum") vielleicht genügen lassen, um den Verkauf an C als fremdes Geschäft zu bezeichnen.

c) §§ 687 II und 816 I BGB.

A stiehlt dem B ein Buch und verkauft es an C, womit sich B nachträglich einverstanden erklärt. — § 281 BGB kommt nicht in Betracht, da zwischen A und B kein Schuldverhältnis besteht, was § 281 aber verlangt (so jetzt auch RG Bd. 108, S. 187). Die Verfügung des A wird nach § 185 BGB wirksam, C erwirbt Eigentum. B kann den Erlös nach § 687 II und § 816 I BGB beanspruchen.

d) § 687 II BGB.

A wildert auf dem Gebiet des B. § 816 I BGB versagt, da A auch bei sehr weiter Auslegung des „Gegenstandes" der Verfügung (so gelegentlich das RG) keine Verfügung trifft; § 281 BGB entfällt auch, da kein Schuldverhältnis zwischen beiden Beteiligten vorliegt. Damit ist ein Fall gegeben, auf den nur § 687 II BGB zutrifft. Der hier zwar auch anwendbare § 823 BGB umfaßt nur den Schaden, nicht dagegen den durch Veräußerung gemachten Gewinn.

Der Wilderer ist verpflichtet (§ 687 II, § 681, § 667 BGB), dem Jagdberechtigten B alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben, also entweder die Beute selbst oder den durch Verkauf erzielten Gewinn, gleichgültig, ob dieser den Wert des Tieres übersteigt. Kennt B die Höhe dieses Erlöses nicht, so muß A Auskunft erteilen und Rechenschaft ablegen (§ 687 II, § 681, § 666 BGB).

§ 687 II BGB ist also eine selbständige Ausgleichsbestimmung, entstanden aus Zweckmäßigkeitserwägungen und Rücksichtnahme auf das Interesse des Berechtigten.

Nun gibt es aber infolge des nicht ganz scharf gefaßten oder, besser gesagt, zu engen Tatbestandes in § 687 II BGB eine Reihe von Grenzfällen, bei denen die Anwendung dieses Paragraphen zweifelhaft erscheint. Je nachdem, ob man einer weiten oder engeren Auslegung des Gesetzes den Vorzug geben will, werden die Zweifelsfälle zu entscheiden sein. Es empfiehlt sich deshalb, von Sinn und Bedeutung des § 687 II BGB auszugehen, um im Anschluß daran einzelne Grenzfälle näher zu untersuchen. Unter diesen interessiert besonders, — im Hinblick auf die Verpflichtung zur Gewinnherausgabe und Rechenschaftsablegung — die Anwendbarkeit des § 687 II BGB bei Verletzung von Immaterialgüter- und Aneignungsrechten zu prüfen, da hier die Frage vor allem praktische Bedeutung gewinnt. Die Ansichten gehen in Rechtsprechung und Schrifttum auf diesen Gebieten erheblich auseinander, zumal die einzelnen absoluten Rechte unter ganz verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet werden; es soll im folgenden daher versucht werden, eine möglichst einheitliche Behandlung dieser Ausschlußrechte vorzunehmen.

§ 2.

Auslegung der Gesetzesbestimmung.

1. § 687 I BGB.

Jemand besorgt ein fremdes Geschäft in der Meinung, daß es sein eigenes sei, z. B. A läßt versehentlich ein Buch einbinden, das tatsächlich seinem Freunde B gehört. Er handelt gutgläubig im eigenen Interesse. In diesem Falle finden die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag keine Anwendung, A und B sind nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung berechtigt und verpflichtet[1]). Bei fehlendem Bewußtsein der Widerrechtlichkeit kommt stets § 687 I BGB in Frage[2]).

§ 687 II BGB.

Jemand behandelt ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiß, daß er nicht dazu berechtigt ist. Hier ist der Geschäftsführer unredlich, z. B. der Entleiher verkauft das geliehene Buch, veräußert ihm nicht gehörige Sachen, die er gestohlen hat, jemand zieht eine fremde Schuld wider besseres Wissen ein[3]), füttert ein ihm zugelaufenes Tier, um es zu unterschlagen[4]). Daraus erhellt die Bedeutung des § 687 II BGB, nämlich dem, der fremde Geschäfte aus bewußtem Eigennutz führt, den Gewinn abzunehmen und dem Berechtigten zukommen zu lassen. Das ist auch der Grund, der die II. Kommission veranlaßte, dem Geschäftsherrn die Ansprüche aus §§ 677, 678, 681, 682 BGB einzuräumen[5]). Hinzu kommt, daß auf diese Weise der Geschäftsherr nicht die rechtswidrige Absicht des Schuldners darzulegen braucht, auch dem anderen zugleich die Einrede unmöglich gemacht wird, er habe nicht als redlicher Geschäftsführer, sondern böswillig gehandelt.

Trotzdem liegt aber keine Geschäftsführung ohne Auftrag vor, sondern nur ein dem Anspruch aus auftragsloser Geschäftsführung angepaßtes Recht, nur ein in den Wirkungen ähnlicher Tatbestand[6]). Wenn dagegen gesagt wird, daß es der Vorschrift des § 687 II BGB

---

[1]) Planck S. 1229.

[2]) Brückmann S. 47.

[3]) Enneccerus S. 506; Endemann S. 1120.

[4]) Titze S. 116.

[5]) Goldmann-Lilienthal S. 706; Protokolle S. 742; Kluckhohn S. 176. Windscheid § 431, 4 c führt die dem heutigen § 687 II BGB zugrundeliegende Pandektenstelle an: L 5 § 5 D 3, 5.

[6]) Planck S. 1230; Endemann S. 1121.

bedarf, um den Gegensatz zu § 687 I BGB zu betonen, und daß es sich um dieselben, wenn auch zur Strafe beschränkten Ansprüche[7]) wie bei echter Geschäftsführung ohne Auftrag handelt, so fehlt es doch an dem Willen des Geschäftsführers, f r e m d e Geschäfte zu führen[8]). Daß er die fremden als eigene führt in seinem Interesse, ist für § 687 II BGB kennzeichnend; es handelt sich nicht um wirkliche Geschäftsführung ohne Auftrag, sondern § 687 II BGB steht nur aus gesetzestechnischen Gründen in diesem Titel. Deshalb muß die Bezeichnung „unechte Geschäftsführung ohne Auftrag" als unzutreffend bezeichnet werden[9]).

Der Gedanke des § 687 II BGB kehrt auch sonst im Gesetz wieder, so z. B. im Verhältnis des Vorerben zum Nacherben[10]) (§ 2111 BGB); zur Erbschaft gehört, was der Vorerbe durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, ein Fall, der das Fremdgeschäft zu Lasten des anderen kennzeichnet.

2. B e g r i f f d e s f r e m d e n G e s c h ä f t s.

Das Gesetz verlangt, um dem Geschäftsherrn die Ansprüche des § 677, § 678, § 681, § 682 BGB zu geben, daß jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes behandelt, obwohl er weiß, daß er nicht dazu berechtigt ist. Ist der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder nur beschränkt geschäftsfähig, so ist er gemäß § 682 BGB nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verantwortlich. Sollen dem Geschäftsherrn die im § 687 II BGB aufgeführten Ansprüche zustehen, so muß der Geschäftsführer unbeschränkt geschäftsfähig sein.

Es fragt sich nun, was unter G e s c h ä f t zu verstehen ist. Nahezu übereinstimmend vertreten Rechtsprechung und Schrifttum die Auffassung, daß eine weite Auslegung des Geschäftsbegriffs geboten erscheint[11]). Man wird jede rechtliche oder tatsächliche Besorgung, die Gegenstand eines Auftrags sein kann, darunter zu verstehen haben, so Verfügungen, Verpflichtungen, Unterhaltsgewährung usw.[12]), z. B. jemand maßt sich einen fremden Vermögensgegenstand aus Eigennutz an, um ihn zu gebrauchen oder zu benutzen. Wenn unter den Begriff des Geschäfts auch rein tatsächliche Handlungen fallen, so müssen sie aber doch von irgendeiner w i r t s c h a f t l i c h e n Bedeutung für das Vermögen des Geschäftsherrn sein[13]); denn aus dem

[7]) Leonhard, Bes. Schuldr. S. 430.
[8]) Jung, Bürg. Recht S. 907; Lobe S. 367.
[9]) Enneccerus S. 491; RGRK S. 345.
[10]) Isay, Abh. z. Priv.R. S. 102.
[11]) RG Bd. 70 S. 251; Bd. 100 S. 142; Planck S. 1230.
[12]) Soergel S. 1049; Ebbecke S. 102.
[13]) Jung. Bürg. Recht S. 906; Franke S. 47; Oertmann S. 1096.

Geschäftsbesorgungsbegriff des § 675 BGB folgt, daß es auch Handlungen gibt, die nicht als „Geschäfte" i. S. des BGB zu betrachten sind. Deswegen braucht der Eingriff in den fremden Rechtskreis aber nicht „rechtsgeschäftlicher" Art zu sein[14]); es genügt, wenn der vermögensrechtliche Herrschaftskreis eines anderen nur mittelbar berührt wird.

Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung des fremden Geschäfts (negotium re ipsa alienum im Gegensatz zum negotium contemplatione alienum). Nach Isay[15]) liegt ein objektiv fremdes Geschäft vor, wenn ein Geschäft nach Anschauung des Verkehrs zufolge seines Inhalts oder Gegenstandes von einem dem Handelnden fremden Interesse beherrscht wird. Dagegen ist einzuwenden, daß es sich schwer feststellen läßt, ob die Interessen des Handelnden oder Verletzten überwiegen. Römer[16]) spricht dann von objektiv fremdem Geschäft, wenn durch ein vorgenommenes Rechtsgeschäft die Leistung an den Gläubiger unmöglich gemacht wird. Das trifft aber nur auf eine bestimmte Gruppe von Fällen zu.

Es empfiehlt sich vielmehr, von der Bedeutung des Wortes „fremd" auszugehen, durch das im juristischen Sprachgebrauch („fremde" Sache, Schuld, Leistung) stets ein anderer als der Berechtigte oder Verpflichtete bezeichnet werden soll[17]). Auch die Worte des Gesetzes „nicht dazu berechtigt" deuten darauf hin, daß das von einem Nichtberechtigten geführte Geschäft ein fremdes ist[18]). Demnach kann man als fremde Geschäfte solche bezeichnen, deren Unterlassung der Berechtigte vom Handelnden verlangen kann, wenngleich diese Bestimmung auch noch nicht scharf genug ist.

Das Geschäft muß gegenständlich für den Handelnden fremd sein, ohne daß dies nach außen erkenntlich zu sein braucht; es genügt nicht, daß es ein eigenes, aber mit fremden Mitteln durchgeführtes Geschäft ist[19]). So kann z. B. das dingliche Erfüllungsgeschäft für den Verkäufer einer Ware ein fremdes Geschäft sein[20]); andererseits stellt aber auch schon die Eingehung einer schuldrechtlichen Verpflichtung ein fremdes Geschäft dar, wenn nur der, welcher sich verpflichtet, zur Herbeiführung des Erfolges tatsächlich auf die Ware einzuwirken imstande ist[21]).

Auch die Führung eines nur subjektiv fremden Geschäfts als eigenes fällt unter § 687 II BGB, z. B. unbevollmächtigte Vertretung,

---

[14]) Jung, Bürg. Recht S. 907.
[15]) Römer S. 356.
[16]) Römer S. 357.
[17]) Franke S. 48.
[18]) Lent S. 118 ff.
[19]) Oertmann S. 1095.
[20]) RG Gruch. Beitr. 54, 153.
[21]) Ebbecke S. 102.

§ 177 BGB[22]). Dabei entscheidet nicht das Interesse des Geschäftsführers, maßgebend ist vielmehr, ob das Geschäft als fremdes oder eigenes vorgenommen wird; z. B. ist § 687 II BGB unanwendbar, wenn jemand Verbindlichkeiten seines Schuldners begleicht, um diesen vor der auch ihm schädlichen Zahlungsunfähigkeit zu bewahren[23]). Ein fremdes Geschäft liegt aber z. B. vor, wenn jemand Waren auf Grund eines nichtigen Vertrages überläßt und der Empfänger sie für sich verwertet[24]), oder wenn jemand ein versehentlich zugesandtes halbfertiges Fabrikat vollendet[25]). Daß das Geschäft zu einer fremden Sache in irgendeiner Beziehung steht, genügt nicht, so z. B. wenn jemand Waren, die einem Dritten gehören, sich aber in seiner wirtschaftlichen Nutzung befinden, wegen seines wirtschaftlichen Interesses gegen Feuergefahr versichert. Der Abschluß solcher Versicherung stellt kein fremdes Geschäft dar; ebenso liegt es, wenn jemand beabsichtigt, seine jetzt unternommenen Handlungen später dem Geschäftsherrn zum Vorteil gereichen zu lassen[26]). Das Geschäft muß auf den fremden Rechts- und Interessenkreis einwirken[27]). Das trifft im Falle des § 177 BGB zu, nicht dagegen beim Handeln unter fremdem Namen[28]) (A gibt sich als X aus); denn hier kann man nicht von dem Vorliegen eines objektiv fremden Geschäfts sprechen (Näheres darüber § 3, 1, b). Dabei ist und bleibt in § 687 II BGB das Geschäft stets ein solches des Geschäftsführers. Bestritten ist, ob § 687 II BGB Anwendung findet, wenn jemand sich durch unerlaubte Handlungen in den Besitz fremder Vermögensgegenstände gesetzt hat und sie dann veräußert; der Dieb verkauft z. B. fremde Sachen über ihren Wert. Hier stellt sich das an die unerlaubte Handlung anschließende Geschäft als fremdes dar, der für den Verkauf bezahlte Preis ist herauszugeben, auch wenn er den Wert der Ware übersteigt[29]). Wenn Ebbecke (S. 103) dagegen sagt, daß der Verkauf gestohlener Sachen eine Handlung ist, die den Verletzten in keiner Weise berührt, so wird damit der Hauptanwendungsfall für § 687 II BGB ausgeschaltet und dieser Bestimmung ihre praktische Bedeutung genommen. Die mit gestohlenem Geld gekauften Gegenstände sind ebenfalls abzuliefern[30]). Auch der Hehler, der gestohlenes Fleisch ankauft und weiter veräußert, haftet nach § 687 II BGB[31]). Spielt dagegen der Dieb mit gestohlenem Geld in einer Lotterie und gewinnt, so könnte

---

[22]) Oertmann S. 1096; Jung, Bürg. Recht S. 907.
[23]) Oertmann S. 1096.
[24]) RG Bd. 96 S. 283 ff.
[25]) LZ 20 S. 646.
[26]) Lent S. 117 ff.
[27]) Leonhard, Bes. Schuldr. S. 430; Crome S. 632.
[28]) Planck S. 1230; a. A. Schulz S. 208.
[29]) Prot. II S. 742; JW 09, S. 659; Gruch. Beitr. 54, S. 154; Dernburg S. 470; a. A. Ebbecke S. 103.
[30]) Schulz S. 339.
[31]) Seuff.Arch. 78 S. 33; Mecklenburger Zeit. 40 S. 46.

man nur über § 816 I BGB gegen ihn vorgehen, wenn man den Gewinn als durch die Verfügung erlangt auffaßt[32]); denn für die Anwendung des § 687 II BGB fehlt es an dem Erfordernis des Fremdgeschäfts.

Subjektiv ist das Bewußtsein des Handelnden von der Fremdheit des Geschäfts erforderlich[33]). Bösgläubig ist er z. B., wenn er weiß, daß er die Ware, die er veräußert, einem anderen schuldet (Doppelkauf), oder wenn der Pfandgläubiger weiß, daß er zum Früchteziehen nicht berechtigt ist, und es trotzdem tut[34]), oder wenn der Gläubiger im Bewußtsein des Mangels seiner Berechtigung die Zwangsvollstreckung betreibt[35]). Führt dagegen jemand ein fremdes Geschäft im Auftrag eines Dritten, so ist es zwar ein fremdes Geschäft, aber nicht als eigenes behandelt[36]). Das Wissenmüssen bezüglich der mangelnden Berechtigung steht dem Wissen nicht gleich[37]); erlangt der Geschäftsführer erst nachträglich Kenntnis, so findet § 687 II BGB von da ab erst Anwendung[38]).

Nach diesem Versuch der Gesetzesauslegung läßt sich feststellen, daß im Hinblick auf die praktische Bedeutung und Billigkeit im Ergebnis eine weite Auslegung des § 687 II BGB, insbesondere des Begriffs eines Fremdgeschäfts, zu empfehlen ist.

3. Ansprüche des Geschäftsherrn.

a) Liegt ein Fall der sog. unechten Geschäftsführung ohne Auftrag vor, so kann der Geschäftsherr eine Reihe von Ansprüchen geltend machen, die auch bei wirklicher Geschäftsführung ohne Auftrag gegeben sind. Besonders bedeutungsvoll ist die Verweisung des § 687 II BGB auf § 681, § 667 BGB, wonach der Geschäftsherr den durch Rechtsgeschäft erzielten Gewinn herausverlangen kann[39]). Dieser in § 667 BGB wie auch in § 281 BGB und § 816 I BGB enthaltene Surrogationsgedanke will „Vermögenswerte, die im Laufe wirtschaftlicher Vorgänge Personen zugeflossen sind, welchen sie nach den maßgebenden Wirtschaftsbeziehungen nicht zukommen, denjenigen" zuführen, „denen sie gebühren"[40]). Noch allgemeiner gefaßt, soll der Schaden des einen nicht dem anderen Nutzen bringen[41]). In

---

[32]) Prot. S. 742; Oertmann S. 1095; Schwarz S. 716; Loewenwarter S. 443.

[33]) Brückmann S. 47; Leonhard, Bes. Schuldr. S. 429; Warneyer S. 1225; Staudinger S. 1147.

[34]) RG Bd. 105 S. 408.

[35]) Neumann S. 18; Hans. Gerichtsz. 1923 Beibl. 116.

[36]) RG JW 03 Beil. 141; Soergel S. 1049; a. A. Lent S. 159.

[37]) Planck S. 1230.

[38]) Fischer-Henle S. 511.

[39]) a. A. Lent S. 118.

[40]) RG Bd. 120 S. 297 ff.

[41]) Schulz S. 1 ff., S. 427 ff.

den eingangs angeführten Beispielen muß der Geschäftsführer nicht nur den objektiven Wert, sondern auch den durch seine Geschäftstüchtigkeit erzielten Gewinn herausgeben. Wenn der Verletzte auf den Anspruch aus § 823 BGB angewiesen ist, so kann er nur den tatsächlich erlittenen Schaden, der dem wirklichen Wert entspricht, verlangen, wobei sich der Umfang dieses Anspruchs nach §§ 249 ff BGB regelt. Es gibt aber auch Fälle, wo kein Gewinn erzielt und der Weg über § 823 bzw. § 678 BGB vorteilhafter ist. Trotzdem hängt der Anspruch aus § 687 II in Verbindung mit § 667 BGB nicht davon ab, daß die unbefugte Geschäftsführung dem Geschäftsherrn zum Vorteil oder Nachteil gereicht. Nach § 687 II BGB ist der Gewinn einschließlich der Zinsen herauszugeben, wobei es keine Rolle spielt, ob der Geschäftsherr selbst denselben Gewinn hätte erzielen können[42]).

aa) Es ist nun zu prüfen, in welchem Verhältnis die drei Fälle rechtsgeschäftlicher Surrogation im Schuldrecht §§ 281, 667, 816 I BGB zueinander stehen. Weiter oben wurde bereits festgestellt, daß § 687 II in Verbindung mit § 667 BGB einen selbständigen Ausgleichsanspruch darstellt. Seine besondere Bedeutung hat § 687 II BGB vor allem da, wo § 816 I BGB und § 281 BGB nicht anwendbar sind, wie an den Ausgangsbeispielen gezeigt wurde. Damit wird aber die Frage der Konkurrenz, zunächst zwischen §§ 687 II und 816 I BGB, angeschnitten.

Bei der Auslegung des § 816 I BGB herrscht Streit, ob der Geschädigte den vollen Betrag verlangen kann, den der Nichtberechtigte bekommen hat, auch wenn dieser den Wert der Sache übersteigt, z. B. wenn A ein von B geliehenes Buch im Werte von 5 Mark für 10 Mark an den gutgläubigen C verkauft. Ueberwiegend gehen die Ansichten, so u. a. das Reichsgericht, dahin, auch das nur mittelbar durch die Verfügung Erlangte, also das ganze lucrum ex negotiatione, dem Geschädigten zuzusprechen[43]). Nach der anderen Auffassung soll der Veräußerer den durch eigene Geschäftstüchtigkeit erzielten Gewinn für sich behalten können, da nach § 816 I BGB als Bereicherungsanspruch nur das herausgegeben werden muß, was auf Kosten des Berechtigten erlangt ist[44]). Zuzugeben ist, daß es sich in § 816 I BGB um einen Bereicherungsanspruch handelt, doch fehlt es im Gesetz an dem Erfordernis unmittelbarer Vermögensverschiebung, mit Recht, da durch § 816 I BGB in erster Linie dem Berechtigten ein Ausgleich für den Verlust durch den gutgläubigen Erwerb gegeben sein soll. Bereicherung und Entreicherung können demnach auseinanderfallen. Auch wird die Feststellung der Höhe des eigent-

[42]) Soergel S. 1049; Ebbecke S. 101; RGRK. S. 346.
[43]) RG Bd. 72 S. 362; Bd. 88 S. 359.
[44]) Jung, Wesen d. sch. Gr. S. 156; Die Bereicherungsanspr. S. 47 ff.; Schwarz S. 61; Simon S. 43; Kluckhohn S. 173; Römer S. 354.

lichen Wertes und des erzielten Gewinnes praktisch oft zu Schwierigkeiten führen[45]). Gegen den Einwand, daß sich bei dieser Auffassung des § 816 I BGB der § 687 II BGB erübrige[46]), ist zu sagen, daß es doch Fälle wie den zu Beginn erwähnten Wildererfall gibt, bei denen n u r § 687 II BGB angewendet werden kann, woraus sich schon Notwendigkeit und Berechtigung dieser Gesetzesbestimmung ergibt.

Daß dem gutgläubigen Geschäftsführer i. S. von § 687 I BGB, der eine fremde Sache mit Gewinn veräußert, ohne von der Fremdheit zu wissen, der aus Geschäftstüchtigkeit erzielte Gewinn nach § 816 I BGB abgenommen wird, spricht auf Grund des unbilligen Ergebnisses weniger gegen den Umfang dessen, was nach § 816 I BGB herauszugeben ist, und gegen die Anwendung des § 816 I BGB überhaupt, als vielmehr dagegen, daß man es hier nicht genügen läßt, dem Berechtigten einen Anspruch aus § 823 BGB zu geben[47]).

Wenn das Reichsgericht bei Verletzung von Patent-, Urheber- und Gebrauchsmusterrechten § 687 II BGB anwendet, so liegt darin kein Widerspruch zu der im § 816 I BGB vertretenen Ansicht über die Höhe der Herausgabepflicht; denn die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über ungerechtfertigte Bereicherung sind nach der herrschenden Meinung im Patentrecht unanwendbar[48]).

An dieser Stelle muß kurz auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum § 816 I BGB eingegangen werden, um den Gegensatz zwischen § 687 II und § 816 I BGB zu betonen. Seit dem Urteil im 106. Band, S. 44 wird die Ansicht vertreten, daß im Falle einer dem Berechtigten gegenüber unwirksamen Verfügung die Genehmigung infolge ihrer rückwirkenden Kraft (§ 184 BGB) durch die Klageerhebung erteilt wird. Wenn dem Eigentümer E sein Buch gestohlen worden ist, der Dieb es an B und B es ebenfalls weiter veräußert hat, ohne daß sich feststellen läßt, in wessen Hände es sich jetzt befindet, so hat der Eigentumsanspruch bis zum Wiederauffinden des Buches für E keine praktische Bedeutung. Gegen den Dieb kann E über § 992, § 823 BGB vorgehen. Der Umfang dieses Anspruchs richtet sich nach §§ 249 ff. BGB, aber der Anspruch selbst beschränkt sich auf den durch den Eigentumsverlust verursachten Schaden. Hat der Dieb vorteilhaft verkauft, so kann E gegen ihn die in § 687 II BGB aufgeführten Ansprüche geltend machen. Es kann aber sein, daß der Dieb mittellos ist; dann muß sich E an B halten. Wußte dieser, daß er kein Eigentum an dem Buch erworben hat, so muß er nach §§ 687 II, 667 BGB alles aus der Geschäftsbesorgung Erlangte herausgeben. War B dagegen gutgläubiger Besitzer, so kann E den

[45]) Sarx S. 44.
[46]) Jung, Wesen d. sch. Gr. S. 156.
[47]) So auch RG Bd. 73 S. 424 ff.
[48]) Orth S. 6.

Geschäftsgewinn über den vom Reichsgericht beschrittenen Weg der in der Klageerhebung erteilten Genehmigung beanspruchen. Aus diesem Beispiel ergibt sich die Abgrenzung zwischen § 687 II und § 816 I BGB.

bb) § 687 II und § 281 BGB.

Der Ersatzanspruch in § 281 BGB hat die unmöglich gewordene Leistung des geschuldeten Gegenstandes zur Voraussetzung, er rührt aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis her, während der Anspruch aus § 687 II BGB an die Tatsache des Eingriffs geknüpft ist. Der Haftungsmaßstab entspricht in § 281 BGB dem des zugrundeliegenden Anspruchs[49]), nach § 687 II BGB haftet der unredliche Geschäftsführer im Rahmen des § 678 BGB. Gegenüber der 30jährigen Verjährung im Falle des § 687 II BGB[50]) richtet sich die Verjährung des Ersatzanspruchs in § 281 BGB nach den Vorschriften für das ursprüngliche Schuldverhältnis. Während in § 281 BGB dem Schuldner bei Aufwendungen ein Ersatzanspruch zusteht, versagt das Gesetz dem Geschäftsführer dieses Recht (§§ 687 II, 684_1 BGB). § 281 BGB setzt begrifflich also ein bestehendes Schuldverhältnis voraus, für § 687 II BGB dagegen ist keine obligatorische Bindung nötig.

cc) Es fragt sich nun, ob der Berechtigte neben dem Anspruch aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag noch die Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung erheben kann. Aus dem Wörtchen „kann" im Gesetz wird gefolgert, daß dem Geschäftsherrn ein Wahlrecht zusteht[51]). Nach anderer Ansicht[52]) soll neben der Klage aus Geschäftsführung ohne Auftrag die aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht zulässig sein, „weil bei Geschäftsführung ohne Auftrag diese selbst den Rechtsgrund für etwaige Ansprüche bildet, was das Gesetz in den §§ 682, 684 zu erkennen gibt". Dagegen ist aber einzuwenden, daß es sich in §§ 677 ff. BGB nicht um eine ausschließliche Regelung handelt wie in §§ 985 ff. BGB für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer, so daß hier nichts im Wege steht, neben dem Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag auch die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung zu gewähren[53]). Je nach Lage des Falles wird der Geschäftsherr den einen oder den anderen Weg wählen.

Der Unterschied gegenüber der Klage aus §§ 812 ff. BGB beruht darauf, daß späterer Fortfall des erzielten Gewinnes nicht von der Herausgabe befreit, anders § 818,3 BGB; bei dem Anspruch aus unerlaubter Handlung muß notwendig ein Schaden vorliegen, auch ist

---

[49]) Planck II. Bd. 1. Hälfte 1914 S. 246.
[50]) Enneccerus S. 506.
[51]) Jung, Bürg. R. S. 907; Enneccerus S. 499; Schwarz S. 716; v. Gierke S. 989; Haymann S. 681.
[52]) Loewenwarter S. 439.
[53]) RG Bd. 102 S. 10.

der bei der Geschäftsführung gewonnene Verdienst unabhängig von dem entgangenen Gewinn (§ 252 BGB) seitens des Berechtigten.

Vergleicht man die Ansprüche aus §§ 687 II, 812 und 823 BGB, so wird praktisch oftmals der Klage aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag der Vorzug zu geben sein. Neben der leichteren Beweislast für den Berechtigten und dem größeren Umfang der ihm zustehenden Ansprüche unterliegen diese der 30-jährigen Verjährung (§ 195 BGB).

b) Außer der Klage auf Gewinnherausgabe ist dem Geschäftsherrn das Recht eingeräumt, von dem Handelnden Auskunft und Rechenschaft zu verlangen (§§ 687 II, 681, 666 BGB). Wäre ihm dieser Anspruch nicht gegeben, so würde die Klage auf Gewinnherausgabe praktisch vielfach wertlos sein. Nicht nur die Höhe des Schadens wird von den näheren Darlegungen der Geschäftsverhältnisse abhängen, auch andere Umstände wie z. B. Benennung der Kunden, an die der Geschäftsführer Waren verkauft hat, werden klarzustellen sein[54]). Dabei kann sich auch nachträglich herausstellen, daß überhaupt kein Schaden entstanden ist, auch können dadurch Geschäftsgeheimnisse des Handelnden preisgegeben werden; aber im Hinblick auf die Durchsetzung des Gewinnherausgabeanspruchs müssen diese möglicherweise nachteiligen Folgen unberücksichtigt bleiben. Zweck der Auskunft ist nicht, eine „zuverlässige Grundlage für eine Schadensberechnung" zu ermöglichen[55]), sondern ein Hilfsmittel für die Anwendung des § 287 ZPO an die Hand zu geben. Dabei hat die Auskunftspflicht „bald einen weiteren, bald einen beschränkten Inhalt. Die am weitesten gehende Pflicht ist, Rechenschaft abzulegen. Sie hat nach § 259, Abs. I BGB mittels Rechnungslegung zu erfolgen, wenn es sich um eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung handelt. Die Verpflichtung kann sich aber gemäß § 260 BGB auf Vorlegung eines Verzeichnisses beschränken"[56]). Es wird an anderer Stelle noch auf die Frage der Rechenschaftsablegung zurückzukommen sein.

c) Weiterhin gibt § 687 II BGB dem Geschäftsherrn einen Anspruch auf Schadensersatz. Der Geschäftsführer hat das Geschäft so zu führen, wie es das Interesse des Geschäftsherrn (objektives Merkmal) mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen (subjektives Erfordernis) verlangt (§ 677 BGB). Er haftet für jedes Verschulden. Die Haftung verschärft sich aber, wenn die Uebernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht und der Geschäftsführer dies erkennen mußte, was in § 687 II BGB stets zutrifft. In dem Falle ist er dem Geschäftsherrn zum Ersatz des aus der Ge-

[54]) Callmann S. 80.
[55]) RG in JW 1927 S. 1576.
[56]) RG Bd. 108 S. 7; RG JW 1928 S. 2093.

schäftsführung entstehenden Schadens auch dann verpflichtet, wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt (§ 678 BGB), Haftung für Zufall. Hat A z. B. eine fremde Sache unbefugt zu eigenem Nutzen ausbessern lassen, so ist ein Schadensersatzanspruch daraus „zu gewinnen, daß der Eigentümer die Aenderung sich nicht gefallen zu lassen braucht. Er kann die Herstellung des früheren Zustandes verlangen und den Ersatz der hierzu erforderlichen Kosten von dem Geschäftsbesorger aus § 687, Abs. 2 in Verb. mit § 678 fordern, weil dieser die Umänderung in Widerspruch mit dem ihm erkennbaren wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Eigentümers bewirkt hat"[57]). Daraus ergibt sich, daß Schadensersatz nach § 678 BGB nur verlangt werden kann, wenn der Berechtigte die Geschäftsführung ablehnt. In manchen Fällen wird der Anspruch aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag mit dem auf Schadensersatz wegen schuldhafter Nichterfüllung der Leistungspflicht zusammentreffen, z. B. im Falle des Doppelkaufs, oder auch mit der Klage aus unerlaubter Handlung. Ist kein Schaden entstanden, so entfällt der Anspruch aus § 823 BGB. Es handelt sich in § 687 II, § 678 BGB um die Haftung aus einem gesetzlichen oder besser „nur gesetzlichen" Schuldverhältnis, um einen selbständigen Anspruch, der sich von dem aus unerlaubter Handlung vor allem in der Dauer der Verjährung unterscheidet. Ist der Handelnde geschäftsbeschränkt oder geschäftsunfähig, so bestimmt sich die Haftung nach den Vorschriften über unerlaubte Handlung (§ 682 BGB). Der Haftungsumfang bemißt sich bei dem Anspruch aus § 678 BGB nach §§ 249 ff. BGB, ist aber begrenzt durch die Pflicht zur Herausgabe der Bereicherung seitens des Geschäftsherrn an den Geschäftsführer (§ 687 II 2, § 684,1 BGB).

4. § 687 II S. 2 BGB.

§ 687 II, 2 BGB bestimmt, daß der Geschäftsherr, falls er die ihm zustehenden Ansprüche erhebt, dem Geschäftsführer nach § 684,1 BGB verpflichtet ist. Danach hat er ihm, wenn die Voraussetzungen einer wirklichen Geschäftsführung gemäß § 683 BGB nicht vorliegen, alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, nach Bereicherungsgrundsätzen herauszugeben. Der mißverständliche Wortlaut des Gesetzes erweckt den Anschein, als ob der Geschäftsherr nur dann zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet ist, wenn er die ihm seinerseits zustehenden Ansprüche geltend macht. Es ist aber wohl kaum anzunehmen, daß der Gesetzgeber den Anspruch des Geschäftsführers hat von der Zufälligkeit abhängig machen wollen, daß der Berechtigte ebenfalls Ansprüche erhebt[58]).

Während bei wohlwollender Geschäftsführung ohne Auftrag der Geschäftsführer nach § 683 BGB Ersatz seiner Aufwendungen ver-

[57]) Ebbecke S. 102.
[58]) Leonhard, Bes. Schuldr. S. 430; a. A. Heck S. 360.

langen kann, steht ihm im Falle des § 687 II BGB nur die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung zu (§ 684,1 BGB), weil seine Geschäftsführung dem Interesse und Willen des Geschäftsherrn widerspricht.

Nun heißt es aber in § 684,1 BGB, daß alles, was aus der Geschäftsbesorgung erlangt ist, herausgegeben werden muß. Diese Fassung des Gesetzes erscheint im Hinblick auf den dem Geschäftsherrn zustehenden Gewinnherausgabeanspruch unverständlich[59]) (dolo petit, qui petit, quod statim redditurus est). Man wird vielmehr diese Stelle so aufzufassen haben, daß nur das herauszugeben ist, was sich von dem auf seiten des Geschäftsherrn Erlangten als ungerechtfertigte Bereicherung darstellt[60]); z. B. wenn A in Abwesenheit des B dessen Haus absichtlich gegen den Willen des Geschäftsherrn hat umbauen und dabei eigenes Material einfügen lassen, wodurch sein Eigentum daran erloschen ist, so muß man ihm einen Anspruch auf Ersatz dieser schuldrechtlich unbegründeten Wertbewegung einräumen[61]). Der Sinn des Satzes 2 in § 687 II BGB liegt also darin, daß der Geschäftsführer das, was ohne rechtlichen Grund aus dem Vermögen des Handelnden in das des Berechtigten gelangt ist (nicht etwa z. B. die Kosten für Zeit- und Arbeitsaufwand), von dem herauszugebenden Gewinn abrechnen kann. Auch hier zeigt sich wieder die Bedeutung der Pflicht zur Rechenschaftsablegung, da es oft nicht leicht sein wird, die Höhe des Bereicherungsanspruchs aus § 687 II, S. 2 BGB festzustellen.

Ob es nötig war, in § 687 II BGB dieses Recht des Geschäftsherrn besonders auszusprechen, läßt sich bezweifeln; jedenfalls sind dadurch die allgemeinen Bereicherungsansprüche nicht ausgeschlossen[62]).

Zusammenfassend ist festzustellen, daß § 687 II BGB eine praktisch sehr bedeutsame Rolle spielt, indem er als selbständige Ausgleichsbestimmung ermöglicht, den durch widerrechtlichen Eingriff in fremde Rechte gezogenen Gewinn dem unechten Geschäftsführer ohne Auftrag abzunehmen. Diese Bedeutung des § 687 II BGB wird nun an einer Reihe von Beispielen zu zeigen sein, die vor allem dem Gebiet des Immaterialgüter- und Aneignungsrechts entnommen sind; denn es handelt sich hier nicht selten um Vermögensverschiebungen größeren Umfangs und um besonders miteinander ringende Interessen der Beteiligten. Andererseits fehlt es aber in der Spezialgesetzgebung auf diesem Gebiete an Vorschriften, so daß die Lücken durch passende Bestimmungen aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch ausgefüllt werden müssen. Hier soll nun geprüft werden, inwieweit § 687 II BGB als Ausgleichsanspruch anwendbar ist.

---

[59]) Schulz S. 469; v. Gierke S. 990.
[60]) Dernburg S. 470.
[61]) Jung, Bürg. Recht S. 908; Siber S. 189.
[62]) Oertmann S. 1006; Staudinger S. 1148.

§ 3.

Anwendbarkeit des § 687 II BGB bei Verletzung absoluter Rechte.

1. Einschränkende Rechtsprechung des RG.

Die umfangreiche Rechtsprechung des Reichsgerichts in dieser Frage geht dahin, die einzelnen Ausschlußrechte verschieden zu behandeln. Auch die Ansichten im Schrifttum neigen im wesentlichen zu der vom obersten Gericht vertretenen Auffassung. Es wird daher zu prüfen sein, ob eine solche Unterscheidung sich als richtig erweist, oder ob es nicht möglich ist, zu einer einheitlichen Behandlung der durch Unberechtigte verletzten absoluten Rechte zu gelangen. Dabei soll hier die Frage des widerrechtlichen Eingriffs in ein zur Imperativpotenz[1]) erhobenes schutzwürdiges Interesse nur unter dem Gesichtspunkt unechter Geschäftsführung ohne Auftrag behandelt werden.

a) Ausnutzung fremder Urheber-, Patent- und Erfinderrechte.

Es ist zunächst etwas weiter auszuholen, bevor auf § 687 II BGB eingegangen werden kann. Da in den meisten Urheberrechtsgesetzen eine Bestimmung fehlt, die es ermöglicht, an die durch den Eingriff eines Nichtberechtigten gewonnene Bereicherung heranzukommen, herrscht lebhafter Streit darüber, wie diese Lücke auszufüllen ist. Zwei Ansichten stehen sich einander gegenüber, von denen die eine für, die andere gegen die Anwendung des § 812 ff. BGB im Patentrecht eintritt. Ohne auf die einzelnen Gründe näher einzugehen, läßt sich feststellen, daß die analoge oder direkte Anwendung des im BGB geregelten Bereicherungsrechts auf den Fall der Patentverletzung von der herrschenden Meinung geleugnet wird. Es ergibt sich daraus die Notwendigkeit, einen anderen Weg zu beschreiten, um zu einem billigen Ausgleich zu gelangen.

Ausgangspunkt für die vom Reichsgericht früher und auch heute noch vertretene Auffassung bildet § 35 Patentgesetz, wonach derjenige zur Entschädigung verpflichtet ist, welcher wissentlich oder grobfahrlässig entgegen §§ 4 und 5 Patentgesetz eine fremde Erfindung benutzt.

Dem im geltenden Recht bestehenden Schadensbegriff zuwider wird für das Patentrecht behauptet, daß der Entschädigungsanspruch

[1]) Schulz-Schaeffer S. 112.

des Verletzten den vom Handelnden widerrechtlich gezogenen Gewinn mitumfaßt, eine Lehre, die wohl von Kohler zuerst aufgestellt ist[2]). Im Ergebnis deckt sich diese Auffassung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts, das allerdings aus anderen Gesichtspunkten zu demselben Ergebnis kommt[3]). In der für die neuere Rechtsprechung grundlegenden Entscheidung im Bd. 47 S. 100 heißt es: „Entschädigung und Bereicherung sind rechtlich verschiedene Begriffe. Nur wenn die einen Anspruch auf Entschädigung begründende Handlung in der Benutzung eines fremden selbständigen Genußgutes besteht, könnte in Frage kommen, ob der durch jene widerrechtliche Benutzung gemachte Gewinn als Entschädigung gelten soll." Tatsache ist, daß diese Erweiterung des Schadensbegriffes im Widerspruch zum geltenden Recht steht; es erscheint fraglich, ob sich irgendwelche zwingenden Gründe für die Ausdehnung der Entschädigungspflicht im Patentrecht finden lassen, vielmehr spricht der Wortlaut und Sinn der §§ 249 und 252 BGB für einen in allen Rechtsgebieten gleich geltenden Schadensbegriff[4]).

Das Reichsgericht hat nun inzwischen den Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag zur Lösung der Frage nach der gesetzlichen Grundlage für den Ausgleich bei Patentverletzungen stärker herangezogen. § 687 II BGB kann aber nur da in Betracht kommen, wo seine Voraussetzungen gegeben sind, ein Recht auf Entschädigung genügt noch nicht für seine Anwendung. Seine besondere Bedeutung auf diesem Gebiet erklärt sich vor allem daraus, daß die §§ 812 ff., also auch § 816 BGB nicht im Patentrecht anwendbar sind. Der Gesichtspunkt der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag ist hier das einzige Rechtsmittel, den durch fremden Eingriff gewonnenen Erlös zu fordern[5]).

Es ist bezeifelt worden, ob man die Benutzung eines fremden Patentes im eigenen Interesse als Geschäftsführung ohne Auftrag bezeichnen kann. So äußert sich Kisch[6]) dahin, daß durch den Anspruch aus § 687 II BGB die Haftung des Täters in einer Weise verschärft, vor allem verlängert wird, die mit dem Grundgedanken des Patentgesetzes nicht im Einklang steht. Dagegen spricht aber allein schon die Billigkeit, dem unberechtigt Handelnden den Gewinn zu belassen. Wer unbefugt, aber absichtlich ein fremdes Patent benutzt, führt tatsächlich ein Geschäft des Patentinhabers, anderenfalls würde eben der Berechtigte die Erfindung oder das Patent ausbeuten. Jeder

---

[2]) Kohler S. 568 (Handb. d. d. Patentr.); Kohler, Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 85 S. 458. So auch Osterrieth Lehrb. S. 160 u. Osterrieth-Marwitz § 31 Bemerk. Früher gleicher Ansicht Kisch, Handb. S. 457 (heute a. A. L. Z. 1927 S. 671).

[3]) JW 1890 S. 162 Z. 17; PMZBL Bd. 5 S. 107.

[4]) Isay, Patentges. 14 zu § 35; Kaiser 17 zu § 35.

[5]) Lobe S. 369.

[6]) Kisch. Handb. d. d. Patentr. S. 445.

unter Verletzung eines Patent-, Gebrauchsmusterrechts und Kunstschutzes hergestellte Gegenstand stellt sich dar „als eine Verkörperung des geschützten Erfindungsgedankens bzw. der geschützten Formgebung." Daraus ergibt sich, daß „der gewerbsmäßige Vertrieb solcher Gegenstände durch einen Nichtberechtigten zugleich eine eigennützige Verwertung eines fremden Rechtsgutes" enthält, mithin als Besorgung eines fremden Geschäfts i. S. des § 687 II BGB anzusehen ist[7]). Ob auch dann § 687 II BGB angewendet werden kann, wenn ein fremdes Patent, bevor es in die Patentrolle eingetragen ist, verletzt wird, erscheint zweifelhaft, so z. B. wenn A eine von B ihm anvertraute Erfindung sich hat patentieren lassen und sie dann für sich verwertet[8]). Jeder Eingriff in fremde Monopolrechte verpflichtet zur Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinnes[9]), so insbesondere auch die Verletzung eines Urheberrechts, das auf einer Rechtshandlung[10]) beruht und seiner rechtlichen Eigenart nach sich als Beschränkung der Gewerbefreiheit aller anderen darstellt[11]).

Es ist eben eine weite Ausdehnung des Geschäfts- und Geschäftsbesorgungsbegriffs angebracht, um § 687 II BGB auch auf die Fälle der Verletzung immaterieller Güterrechte anzuwenden.

Unerheblich ist der Einwand, daß man nur dann von unechter Geschäftsführung ohne Auftrag sprechen kann, wenn der Patentinhaber selbst dieselben Rechtsgeschäfte vorgenommen hätte, wie der andere unter Ausnutzung des fremden Patents. Unter solchen Umständen könnte man fast niemals von einem fremden Geschäft sprechen, da es nicht voraussehbar ist, ob der Berechtigte ohne den Eingriff in gleicher Weise Verträge geschlossen und Gewinn erzielt hätte. Es muß genügen, wenn der Patentberechtigte seine Erfindung hat patentieren lassen, um sie gewerblich zu benutzen[12]).

Wird einem Erfinder die Möglichkeit, ein Schutzrecht zu erwerben, durch Veröffentlichung entzogen, so handelt es sich um Vernichtung, nicht Benutzung eines fremden Rechts, mithin kommt hier § 687 II BGB nicht in Betracht, z. B. jemand zeichnet ein ihm zugesandtes Muster eines besonders konstruierten Stuhles ab und verwertet es für sich[13]). Auch in den Fällen, wo jemand ein fremdes Manuskript in Verlag gibt[14]) oder einen Nachdruck vornimmt[15]), oder

---

[7]) RG in Markensch. u. Wettbew. 1922 S. 191. RG Bd. 84 S. 53; Bd. 70 S. 249 ff.; Bd. 107 S. 251 DJZ 09 S. 545 u. Rspr. d. OLG Bd. 22 S. 328.

[8]) Goldmann-Lilienthal S. 706.

[9]) Lobe S. 369; RG Bd. 46 S. 14; Bd. 62 S. 320; Bd. 70 S. 74; Bd. 84 S. 49; Bd. 100 S.145.

[10]) Manigk S. 675.

[11]) Jung, D. Wesen d. schuldrechtl. Grundes S. 148.

[12]) RG Bd. 70 S. 251; Ebbecke S. 101.

[13]) RG Bd. 83 S. 37.

[14]) Oertmann S. 1095.

[15]) ROHG Bd. 22 S. 338.

ein fremdes Kunstwerk gewerbsmäßig vervielfältigt oder verbreitet[16]), ist § 687 II BGB anzuwenden.

b) Warenzeichenrecht.

Während das Reichsgericht im Patentrecht ohne Bedenken die Vorschriften der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag heranzieht, macht es für das Warenzeichenrecht eine Ausnahme, indem es hier dem Zeichenberechtigten den Anspruch aus § 687 II BGB versagt.

In der neusten Zeit gewinnt immer mehr die Ansicht an Bedeutung, die besagt, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts in dieser Frage einer Aenderung bedarf. Die bisher herrschende Meinung geht also dahin, bei Warenzeichenverletzung und unlauterem Wettbewerb dem Geschädigten nur einen Schadensersatzanspruch einzuräumen; läßt sich der Schaden nicht genau feststellen, so kann der Kläger aus den Grundsätzen von Treu und Glauben einen Anspruch auf Rechnungslegung gemäß § 260 BGB geltend machen.

Es muß zunächst festgestellt werden, daß nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts[17]) die Entschädigungspflicht aus §§ 14, 15 Warenzeichengesetz im Gegensatz zu der wegen Patentverletzung nach § 35 Patentgesetz und zur Entschädigungspflicht wegen Verletzung des Gebrauchsmusterrechtes nach § 9 des Gesetzes vom 1. 6. 1891 n i c h t auch auf Herausgabe des vom Verletzer durch Benutzung des geschützten Zeichens erlangten Gewinnes gerichtet ist[18]).

Außer dem Gesichtspunkt der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag ergibt sich keine andere Möglichkeit, den rechtswidrig gezogenen Gewinn herauszuverlangen. Warum nun hier das Reichsgericht dem Verletzten keinen Anspruch geben will, erscheint wenig einleuchtend. Es ist doch zu mindesten unbillig, den Eingreifer mit der Entschädigungspflicht davon kommen zu lassen. Es soll daher versucht werden, die von der herrschenden Ansicht aufgeführten Gründe zu entkräften.

Hier stellt sich nun das Reichsgericht auf den von ihm im Patentrecht abgelehnten Standpunkt, daß der Entschädigungsanspruch aus §§ 14, 15 WZG dann den erzielten Gewinn mitumfaßt, wenn der Verletzte in der Lage gewesen ist, Geschäfte mit gleichhohem Verdienst abzuschließen[19]). Abgesehen von der schwierigen Feststellung dieser Bedingung im Einzelfall ist es nicht ersichtlich, warum eine so unterschiedliche Behandlung der Spezialgesetze vorgenommen wird[20]). Außerdem würde § 687 II BGB überhaupt nicht anwendbar sein,

[16]) Markensch. u. Wettbew. 1914 S. 238.
[17]) RG Bd. 47 S. 100 ff.
[18]) Markensch. u. Wettbew. 1922 S. 191; RG Bd. 58 S. 324.
[19]) Markensch. u. Wettbew. 1922 S. 191.
[20]) Callmann S. 86.

wenn man verlangt, daß der Geschäftsherr alle von dem Eingreifenden vorgenommenen Maßnahmen in gleicher Weise hätte führen können[21]). Als fremdes Geschäft läßt sich nur die Benutzung eines Patentes oder Warenzeichens als solches, nicht im konkreten Fall, auffassen[22]).

Man hat gesagt, es liegt objektiv keine Führung fremder Geschäfte vor[23]), sondern nur eine täuschende Aneignung von anderen erlangter Vorteile. Zwar wird das durch Eintragung geschützte Recht als ein Vermögensrecht absoluten Charakters anerkannt, doch stellt die Benutzung eines Zeichens durch einen Unberechtigten bei dem Vertrieb eigener Ware nicht ein Geschäft dar, auf das der Zeicheninhaber ein Recht hat und das er sich insoweit aneignen könnte, als der andere durch den Vertrieb unter fremdem Zeichen an Gewinn erzielt hat[24]). Gewiß handelt es sich um eigene Waren des Verletzenden, die er unter Benutzung des fremden Warenzeichens in Verkehr bringt; das liegt aber auch bei dem Eingriff in ein fremdes Patent vor[25]). Die unter Ausnutzung einer fremden Erfindung hergestellten Maschinen stehen trotzdem im Eigentum des Handelnden, aus dessen Material sie verfertigt[26]) und oft vielleicht noch mit Hilfe eigener Patente hergestellt sind[27]). Wenn im Erfinderrecht die Benutzung der Erfindung als Geschäft des Berechtigten aufgefaßt wird, so kann man auch dann von fremdem Geschäft sprechen, wenn jemand ein für einen anderen eingetragenes Zeichen wirtschaftlich ausbeutet[28]). Es kommt doch weniger auf die Eigentumsverhältnisse als vielmehr die Benutzung dieses Patentes oder die Ausstattung der Waren mit diesem Zeichen an.

Wenn auch § 15 WZG nur eine Verbotsbestimmung enthält[29]), ohne ein selbständiges Ausstattungsrecht als besonderes Genußgut darzustellen[30]), dessen sich ein anderer unbefugt bedienen kann, so läßt sich doch dieser Eingriff als fremdes Geschäft i. S. des § 687 II BGB auffassen. Der absolute Charakter des Warenzeichenrechts als Genußgut kann darin zu erblicken sein, daß Waren unter Benutzung dieser Erfindung und dieses Zeichens in Verkehr gebracht werden. Es wäre nicht richtig, wollte man dem Warenzeichen und dem Recht an ihm einen selbständigen Vermögenswert absprechen[31]). Vertritt man die entgegengesetzte Ansicht, dann darf die rechtswidrige Be-

[21]) Franke S. 50.
[22]) Schulz S. 203.
[23]) RGRK S. 346; Oertmann S. 1096.
[24]) RG Bd. 47 S. 100; Bd. 58 S. 325; Markensch. u. Wettbew. 1922 S. 191.
[25]) Callmann S. 86.
[26]) Orth S. 18.
[27]) Franke S. 50.
[28]) Schulz S. 203.
[29]) RG Bd. 47 S. 100; RGRK S. 346.
[30]) Ebbecke S. 103; RG Bd. 58 S. 323.
[31]) Orth S. 19.

nutzung einer von einer anderen abhängigen Erfindung (Abhängigkeitspatent) auch kein fremdes Geschäft sein, denn diese ist kaum als selbständiges Ausschlußrecht zu bezeichnen[32]).

Weiterhin heißt es in der Entscheidung in Bd. 58 S. 321, Geschäftsführung i. S. des § 687 II BGB liegt nicht vor, weil der Berechtigte das Zeichen weiterhin benutzen kann. Diese Möglichkeit besteht aber auch für den, dessen Erfindung ausgebeutet wird, und ist eben ein besonderes Kennzeichen der Verletzung immaterieller Güterrechte, indem die Benutzung eines selbständigen Genußgutes nicht die weitere Ausübung durch den Berechtigten ausschließt[33]).

Der Einwand, daß das Warenzeichen nur in Verbindung mit dem Geschäftsbetrieb übertragen werden darf, erscheint wenig überzeugend; denn es kann auch dann unechte Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht kommen, wenn das verletzte absolute Recht nicht übertragbar ist, so z. B. beim Nießbrauch.

Man hat behauptet, daß der Gewinn des Verletzers nicht aus dem Zeichen, sondern aus der Ware herrührt. Das ist aber mit der wirtschaftlichen Bestimmung des Warenzeichens unvereinbar. Der Wert der Ware erhöht sich doch erst recht, wenn sie unter einer jedem bekannten Bezeichnung auf dem Markt verkauft wird. In dieser praktisch wirtschaftlichen Bedeutung des Warenzeichens liegt deshalb auch der entscheidende Grund, § 687 II BGB trotz aller Bedenken anzuwenden. Vertreibt jemand eine billige und vielleicht auch schlechte Ware mit einem überall eingeführten Zeichen, so braucht er nach herrschender Auffassung den oft umfangreichen Gewinn nicht herauszugeben, während der, der eine kostspielige Ware, mit einem wenig bedeutsamen fremden Patent versehen, in Verkehr bringt, den ganzen Erlös herausgeben muß. So z. B. eine Autofabrik verkauft Luxuswagen mit durch fremdes Patent geschützter Beleuchtungsanlage oder jemand vertreibt wertvolle Lederkoffer mit einem durch fremdes Patent geschützten, aber doch geringwertigen Schloß; auf der anderen Seite, jemand verkauft billiges Porzellan unter Mißbrauch des bekannten Zeichens der Meißener Porzellanfabrik oder verschleudert minderwertige Parfümeriewaren unter Benutzung des Zeichens „4711"[34]). Regelmäßig verfolgt der Eingreifer doch den Zweck, mit Hilfe des Zeichens einen möglichst hohen Absatz zu erzielen, da allgemein Ware, die unter einem bekannten Zeichen eingeführt ist, sich leichter und mit mehr Gewinn verkaufen läßt. Deshalb wäre es unbillig, § 687 II BGB nicht auf den Fall der Warenzeichenverletzung anzuwenden[35]). Nur so ist es möglich, einen gerechten Ausgleich herzustellen und dem Berechtigten zu dem unerlaubt erzielten Gewinn zu verhelfen.

---

[32]) Schulz S. 221.
[33]) Franke S. 151.
[34]) Franke S. 52.
[35]) Hagens S. 238; Pinzger-Heinemann § 14 Bem. 19.

Durch die unterschiedliche Behandlung der einzelnen Ausschlußrechte ist das Reichsgericht[36]) gezwungen worden, dem Berechtigten zur Ermittlung der Entschädigung aus §§ 14, 15 WZG einen Anspruch auf Rechnungslegung zu geben, der aber einer gesetzlichen Grundlage entbehrt. Veranlassung ist die allgemeine Erwägung, daß in Fällen, in denen ein Recht auf Auskunft gegenüber dem Verpflichteten die Rechtsverfolgung erleichtert, häufig sogar erst ermöglicht, dem Berechtigten nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ein Anspruch auf Auskunft zu gewähren ist; dies vor allem bei den Rechtsverhältnissen, in deren Wesen es liegt, daß der Berechtigte entschuldbarerweise über Bestehen und Umfang seines Anpruchs im Ungewissen, der Verpflichtete aber in der Lage ist, solche Auskunft zu erteilen. Das Reichsgericht wendet hier § 260 BGB an, obwohl diese Bestimmung keine allgemeine Auskunftspflicht enthält, sondern nur dann in Frage kommt, wenn eine Herausgabe- oder Auskunftspflicht bereits besteht; so z. B. in der bekannten, aber bedenklichen Entscheidung über das Erikamuster in Bd. 90, S. 139, wo das RG aus der Zulassung des Bereicherungsanspruchs den Anspruch auf Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses nach § 260 BGB ableitet, weil der Beklagte die gezogenen Nutzungen, einen Inbegriff von Gegenständen, herauszugeben habe. Außerdem handelt es sich in § 260 BGB um die Verpflichtung zur Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses.

§ 687 II BGB bildet nun aber durch Verweisung auf § 666 BGB die einzige gesetzliche Grundlage, um den, der ein fremdes Warenzeichen ausgebeutet hat, zur Rechenschaftsablegung zu verpflichten; da das Reichsgericht dem Verletzten aus §§ 687, 666 BGB den Anspruch versagt, hat es aus ganz allgemeinen Erwägungen über § 260 BGB, um wenigstens die Höhe der Entschädigungspflicht feststellen zu können, den Ersatzpflichtigen zur Auskunft angehalten. Der Weg, dem Verletzten direkt einen Anspruch auf Rechenschaftsablegung über § 687 II BGB zu geben, ist vielleicht doch dem der Rechtsprechung vorzuziehen[37]); dann entspricht es aber auch der Billigkeit, dem Zeichenverletzer den Gewinn nach § 687 II BGB abzunehmen, denn Auskunftspflicht und Herausgabe des Erlöses gehören eng zusammen.

Namensrecht.

Dagegen wird in dem Fall der Benutzung eines fremden Namens (A handelt als X) § 687 II BGB nicht heranzuziehen sein. Wohl handelt es sich im Falle des § 177 BGB, wo jemand als angeblicher Vertreter eines anderen auftritt, um ein fremdes Geschäft[38]). Gibt sich aber A als X aus, wird man wohl nicht mehr den Gesichtspunkt

[36]) RG Bd. 108 S. 1 u. 6 ff.
[37]) Hagens S. 238.
[38]) a. A. Schwabe S. 20.

der Geschäftsführung ohne Auftrag verwenden können[39]). Oertmann[40]) bringt folgendes Beispiel für § 687 II BGB: Ein Angestellter A spekuliert auf eigene Rechnung im Namen des Arbeitgebers. Hier genügt aber schon das Dienstverhältnis, um dem Angestellten den Gewinn abzunehmen. Ob man außerdem auch noch § 687 II BGB anwenden kann, erscheint bedenklich, denn das Geschäft des A ist und bleibt sein eigenes[41]). Macht z. B. ein Schwindler Geldgeschäfte unter fremdem Namen, wird man ganz sicher nicht von einem fremden Geschäft sprechen können[42]). Auch das von Cosack[43]) angeführte Beispiel fällt nicht unter § 687 II BGB: Frech macht auftragslos im Namen Haupts, aber für eigene Rechnung glückliche Börsenspekulationen mit Fern; nun muß er als Geschäftsführer seinen ganzen Spekulationsgewinn an Haupt abgeben, auch wenn Haupt es ablehnt, die Spekulationen gegenüber Fern zu genehmigen. Hier fehlt es ebenfalls an dem Merkmal des objektiv fremden Geschäfts; denn entweder spekuliert Frech für sich oder für Haupt, beides zugleich ist nicht denkbar. Es muß getrennt werden zwischen dem Handeln in fremdem Namen und dem unter fremdem Namen[44]). In dem Falle, daß A eine dem B gehörige Sache im Namen des C für eigene Rechnung verkauft, wird man dem verletzten Eigentümer den Anspruch aus § 687 II BGB auf Herausgabe des Gewinnes geben müssen, während der C sich mit einem Schadensersatz- bzw. Unterlassungsanspruch begnügen muß[45]). Dabei wirkt das Geschäft für und gegen B[46]), ohne daß C irgendwie dabei beteiligt ist[47]). Bei dem Handeln in fremdem Namen dagegen findet § 687 II BGB Anwendung, da hier ein Eingriff in einen fremden Rechtskreis vorliegt.

Firmenrecht.

Wer eine nach den Vorschriften des § 17 ff. HGB ihm nicht zustehende Firma gebraucht, ist nicht verpflichtet, nach § 687 II BGB den erzielten Gewinn herauszugeben[48]). Man kann auch hier wie bei der Namensverletzung nicht von einem objektiv fremden Geschäft sprechen, das der Handelnde führt. Es ist aber zuzugeben, daß durch den in § 14. § 17 und § 19 WZG auch der Firma eingeräumten Schutz sich gewisse Schwierigkeiten für die verschiedene Anwendung des § 687 II BGB auf dem Gebiet des Warenzeichen- und Firmen-

[39]) a. A. Franke S. 51.
[40]) Oertmann S. 1096.
[41]) RGRK S. 346; Planck S. 1230.
[42]) Leonhard, Bes. Schuldr. S. 431.
[43]) Cosack S. 631.
[44]) Lehmann S. 275.
[45]) a. A. Schulz S. 208.
[46]) v. Thur S. 345.
[47]) RG Bd. 95 S. 188.
[48]) a. A. Franke S. 50.

rechts ergeben. Trotzdem liegt es aber näher, die für das Namensrecht angestellten Erwägungen auch bei der Firmenverletzung heranzuziehen, da diese beiden Rechtsbegriffe verwandtere Eigenschaften in Wesen und Behandlung zeigen. Auch würde es in vielen Fällen unbillig und hart sein, wollte man dem Handelnden den Gewinn abnehmen. Es genügt, daß der Verletzte Unterlassung des Gebrauchs (§ 37 HGB, § 16 Ges. gegen d. unl. Wettbew.) und darüber hinaus Schadensersatz (§ 823 BGB) verlangen kann.

Unlauterer Wettbewerb.

Zweifel können bestehen, ob § 687 II BGB auf das Gebiet des unlauteren Wettbewerbs auszudehnen ist. Nach § 17 UWG macht sich der, welcher Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse w ä h r e n d des Bestehens des Dienstverhältnisses verrät, schadensersatzpflichtig und strafbar. Hier beteht der Gegenstand der Geschäftsführung in dem Bruch des Betriebsgeheimnisses, einem durch § 17 UWG fest bestimmten Tatbestand. Aber auch andere unlautere Wettbewerbshandlungen können fremde Geschäfte i. S. des § 687 II BGB sein.

Solange das Dienstverhältnis dauert, wird man dem Handelnden den durch Verletzung des Rechts auf den ungestörten Gewerbebetrieb erzielten Gewinn nach § 687 II BGB abverlangen können. Dafür spricht vor allem § 61 HGB. Gemäß § 60 HGB darf der Handlungsgehilfe ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Verletzt er diese Verpflichtung, so kann der Prinzipal Schadensersatz fordern; er kann aber auch stattdessen verlangen, daß der Handlungsgehilfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten läßt. Dies ist, so kann man fast sagen, ein gesetzlich geregelter Spezialfall zu § 687 II BGB. Der Gehilfe muß das Ergebnis des Geschäfts auf den Prinzipal übertragen[49]); hat er verkauft und ist das Geschäft abgeschlossen, so kann der Prinzipal den Gewinn herausverlangen[50]). Hier behandelt der Gehilfe fremde Geschäfte als eigene, obwohl er weiß, daß er nicht dazu berechtigt ist. Dasselbe Eintrittsrecht steht der OHG zu (§ 113 HGB), wenn ein Gesellschafter entweder in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte macht oder an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnimmt (§ 112 HGB). Es ist derselbe Gedanke, den § 687 II BGB enthält; man wird daher keine Bedenken haben, bei Verletzung des Rechts auf den ungestörten Gewerbebetrieb den Handelnden w ä h r e n d der Dauer des Dienstverhältnisses zur Gewinnherausgabe nach § 687 II BGB zu verpflichten.

---

[49]) Düringer-Hachenburg S. 560.
[50]) Staub S. 400.

Fraglich ist nun, ob auch in dem Falle eines vertragsmäßigen Konkurrenzverbotes n a c h Beendigung der Anstellung noch § 687 II BGB in Betracht kommen kann. Die herrschende Meinung hat hier die Anwendung dieses Paragraphen abgelehnt[51]). Aber auch unlautere Wettbewerbshandlungen sind Geschäfte des berechtigten Konkurrenten; wie der Patentverletzer ein durch fremdes Recht geschützten Gegenstand ausbeutet, so liegt hier eine Nutzung der „einen gewissen Gewinn verbürgenden Kundschaft" vor[52]).

In der Rechtsprechung wird die Ansicht vertreten, daß es sich hier nicht um ein f r e m d e s Geschäft handelt, was nur für die während der Tätigkeit beim Prinzipal abgeschlossenen Geschäfte gilt[53]).

Dagegen läßt sich aber einwenden, daß in dem vertraglichen Konkurrenzverbot, für dessen Einhaltung der Gehilfe eine Entschädigung erhält, etwas dem Dienstvertrag Aehnliches zu sehen ist. Das Dienstverhältnis wird dadurch gleichsam verlängert, vorausgesetzt, daß die Verpflichtung nach Zeit und Dauer das Fortkommen des Angestellten nicht unbillig erschwert[54]) (§ 74 HGB). Wenn mit Hilfe des Grundsatzes der sog. „bezahlten Karenz"[55]) für den Fall der Zuwiderhandlung gegen § 17 UWG in der Vergütung eine Verlängerung des Dienstverhältnisses nach dieser Richtung hin erblickt werden kann[56]), so muß, was während des Dienstverhältnisses anerkannt wird, auch für die Dauer des Konkurrenzverbotes gelten, d. h. der unter Mißachtung der vertraglichen Abmachungen erzielte Gewinn ist nach § 687 II BGB herauszugeben; gleichzeitig damit kann der Verletzte Auskunfts- und Rechenschaftsablegung gemäß § 687 II, § 666 BGB verlangen.

Alleinein- und -verkaufsrecht.

In dem Falle des Eingriffs in ein alleiniges Einfuhrrecht einer Zentraleinkaufsgesellschaft wird man § 687 II BGB sicher anwenden können[57]). Warum soll dann aber nicht auch bei Verletzung eines Allein v e r kaufsrechtes der Gesichtspunkt unechter Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht kommen können? Man hat dagegen angeführt: Der Fabrikant, der Waren in dem zum Alleinverkauf überlassenen Bezirk liefert, obwohl er dies zu unterlassen bei Vertragsstrafe verpflichtet ist, besorgt damit zugleich eigene Geschäfte. Der Charakter dieser objektiv seiner eigensten Rechts- und

---

[51]) Warneyer S. 1226.
[52]) Franke S. 48.
[53]) OLG Breslau JW 28 S. 2092.
[54]) Baumbach S. 454; Rosenthal S. 510; a. A. RGStr. Bd. 33 S. 65; RG in Recht 1928 S. 336; Callmann § 17 N. 9 b.
[55]) Staub S. 482.
[56]) Elster S. 193.
[57]) RG Bd. 100 S. 147; Warneyer S. 1225; Oertmann S. 1095.

Interessensphäre angehörenden Geschäfte kann durch das Bestehen der Verpflichtung, sich ihres Abschlusses zu enthalten, nicht dahin verändert werden, daß sie, weil in ihnen eine Vertragsverletzung dem Gegner gegenüber liegt, deshalb als dessen Geschäfte angesprochen werden dürfen[58]). In der Tat ist dieser Einwand gerechtfertigt, denn es handelt sich um Geschäfte des Fabrikanten, die sein Vertreter abschließt. Eine direkte Anwendung des § 687 II BGB ist nicht möglich, es sei denn, man überträgt den Rechtsgedanken der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag auf diesen Fall, um einem Gebot der Billigkeit zu entsprechen[59]). Dafür würde vor allem § 89 HGB sprechen, der bestimmt, daß dem Handlungsagenten, wenn er ausdrücklich für einen bestimmten Bezirk bestellt ist, die Provision auch für solche Geschäfte gebührt, welche in dem Bezirk ohne seine Mitwirkung durch den Geschäftsherrn geschlossen sind. Man kann diesen § 89 HGB gewissermaßen als Ergänzung zu § 687 II BGB auffassen; obwohl es sich hier um Geschäfte des Fabrikanten handelt, gebührt der Gewinn dem Agenten; damit ist der Rechtsgedanke des § 687 II BGB auf diesen Fall übertragen. Ob gegen die § 687 II BGB ablehnende Entscheidung, wenn der Beklagte z. B. entgegen vertraglicher Vereinbarung Geschäfte über Metalle mit X abgeschlossen hat, nichts einzuwenden ist, erscheint nicht sicher; als Grund für dieses Urteil wird angegeben, daß der Kläger kein ausschließliches Recht hat, mit X Geschäfte abzuschließen[60]). Vielleicht empfiehlt sich auch hier eine erweiterte Auslegung des § 687 II BGB, wie sie das OLG Dresden[61]) in einem Fall anzubahnen versucht hat. Dort handelt es sich darum, daß die Klägerin für die Beklagte in Erwartung eines in Aussicht gestellten großen Auftrags mehrere nicht schutzfähige Stickereimuster entworfen und ihr einige Probeanfertigungen käuflich überlassen hat. Die Beklagte erteilte dann einer anderen Firma den Auftrag und verkaufte die Ware mit Gewinn weiter, obwohl sie sich vertragsmäßig verpflichtet hatte, nach den Probeanfertigungen nicht anderweit arbeiten zu lassen. Zwar hat die Beklagte kein absolutes Recht verletzt, aber durch die vertragliche Verpflichtung hat sich die Klägerin eine den absoluten Schutzrechten entsprechende Rechtsstellung schaffen wollen. Neben einer erleichterten Beweislast für den Kläger wird so der durch den Eingriff entstandene Schaden ausgeglichen.

c) Jagdrecht.

Es ist nun noch die Verletzung der dinglichen Aneignungsrechte unter dem Gesichtspunkte der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag zu untersuchen. Das eingangs erwähnte Beispiel des Wilderers

[58]) Rspr. d. OLG Bd. 18 S. 29; Bd. 22 S. 328.
[59]) RG Bd. 92 S. 201; Soergel S. 1049.
[60]) Rspr. d. OLG Bd. 22 S. 328.
[61]) LZ 1916 S. 959.

soll hier näher erläutert werden. Der Jagdberechtigte kann auf bestimmtem Gebiet jagdbare Tiere erlegen und sich aneignen. Wildert nun jemand in seinem Bezirk, so kann er keine Eigentumsansprüche gegen ihn erheben, denn auch das vom Wilderer erlegte Tier bleibt herrenlos, bis es entweder an den Jagdberechtigten oder einen gutgläubigen Erwerber gelangt[62]). Letzterer erwirbt Eigentum, weil durch das Vorgehen des Wilderers nicht das Eigentum, sondern nur das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten verletzt wird.

Man kann nun aber den Wilderer als Geschäftsführer des Jagdberechtigten behandeln; denn er führt ein fremdes Geschäft als eigenes, obwohl er weiß, daß er nicht dazu berechtigt ist[63]). Gemäß § 666, § 667 BGB macht er sich auskunfts- und herausgabepflichtig.

Aus unerlaubter Handlung kann der Berechtigte nicht mit Erfolg gegen ihn vorgehen, obwohl das Jagdrecht allgemein als absolutes Recht i. S. von § 823, I BGB angesehen wird. Der Wilderer müßte nach § 249 BGB den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Da das Tier aber noch nicht zum Vermögen des Jagdberechtigten gehört hat, sondern für diesen nur eine Aussicht auf Erwerb, eine Chance, es zu erlegen, bot[64]), braucht der Berechtigte noch keinen Schaden erlitten zu haben; denn ohne den Eingriff des Wilderers hätte er vielleicht ebensoviel Wild erlegt. Es wird daher trotz aller Vermutungen nur schwer möglich sein, die Höhe des entstandenen Schadens zu bestimmen, so daß der Anspruch aus § 823 BGB praktisch wertlos ist.

Es kommen also nur §§ 812 ff. und 687 II BGB in Betracht. Die vom Wilderer erlangte Beute bzw. der durch Verkauf erzielte Gewinn kann nach § 812 BGB nur dann herausverlangt werden, wenn man in der Verletzung des Jagdrechts als einer latenten Verwertungsmöglichkeit das Erfordernis unmittelbarer Vermögensverschiebung („auf Kosten") als erfüllt betrachtet. § 687 II BGB dagegen ist die alleinige gesetzliche Grundlage, um dem Nichtberechtigten den Gewinn, sei es in Gestalt von Geld oder sei es die Beute selber, abzunehmen und ihn auf Rechenschaftsablegung zu verklagen.

Fischereirecht.

Die gleichen Gesichtspunkte gelten für das Fischereirecht, das dem Berechtigten gestattet, in bestimmten Gewässern Fische zu halten und zu fangen. Hat also jemand widerrechtlich Aale gefischt und verkauft, so hat der Berechtigte Anspruch aus § 687 II BGB auf Zahlung des Erlöses[65]).

---

[62]) a. A. Leonhard, Lehrb. S. 137.

[63]) Loewenwarter S. 269; Franke S. 46, S. 62. Josef, Recht 1922 S. 93; Bad. Rechtspraxis 1925 S. 33. Ablehnend Staudinger S. 1148.

[64]) a. A. Wolff § 79.

[65]) Schlesw.-Holst. Anz. 1918, 171; Josef, Württ. Zeitschr. 1920 S. 43; OLG Kiel, Mugdan 39, 193 ff.

Bergrecht.

Dasselbe trifft auf die Verletzung des Bergrechts zu; verkauft jemand widerrechtlich gefördertes Mineral, so muß er Gewinn und Wert nach § 687 II BGB herausgegeben. Das RG hat in Bd. 110, S. 14 dem, in dessen Bergeigentum ein anderer unbefugt Mineralien gewonnen hat, den Anspruch aus § 812 BGB auf die gewonnene Kohle zuerkannt. Auch hier verpflichtet das RG die Beklagte auf Grund von § 260 BGB zur Vorlegung eines Verzeichnisses, um die Höhe des erzielten Gewinnes festzustellen. Würde man hier § 687 II BGB anwenden, so wäre § 666 BGB die gesetzliche Grundlage, um die Beklagte zur Rechenschaftsablegung zu verpflichten.

Anhang.

Mißbrauch eines literarischen Urheberrechts durch Rundfunksendung.

In einer Entscheidung im Bd. 113, S. 420 ff. geht das RG soweit, die Uebermittlung des Theaterstücks durch Rundfunk als Verbreitung im Sinne des § 11 Lit.Urh.Ges. aufzufassen. Die Beklagte hat damit gegen das ausschließliche Recht des Klägers, sein Werk gewerbsmäßig zu verbreiten, verstoßen. Man könnte vielleicht auch hier an § 687, II BGB denken; es fehlt aber an der Wissentlichkeit, da die Beklagte meinte, obwohl sie durch die Uebertragung ein fremdes Geschäft geführt hat, zum Senden berechtigt zu sein; auch würde der Anspruch auf den Gewinn hier praktisch wertlos sein, denn durch die Aufführung im Rundfunk hat die Gesellschaft keinen Gewinn erzielt. Der Anspruch ist hier deshalb als Schadensersatzanspruch im Sinne des Urheberrechtsgesetzes anzusehen.

2. Ausdehnung des § 687 II BGB auch auf grobfahrlässige Ausbeutung von Ausschlußrechten.

Bei allen bisherigen Betrachtungen wurde unterstellt, daß der Nichtberechtigte wissentlich handelt, wie es § 687 II BGB verlangt. Aber auch der grobfahrlässige Eingreifer soll nach der Rechtsprechung des RG als unechter Geschäftsführer behandelt werden. Die Ansprüche aus § 687 II BGB sind in analoger Anwendung „auch bei nur fahrlässiger Verletzung" eines Urheberrechtes, Patentes, einer Erfindung anzunehmen, „da kein Grund einzusehen ist, warum dem Verletzten die Geltendmachung seiner Schadensersatzansprüche bei fahrlässiger Verletzung gegenüber solchen aus vorsätzlichen Verletzungen erschwert sein" soll[66]). Das RG ist der Ansicht, daß es sich bei der in seiner Rechtsprechung „anerkannten Verpflichtung zur Rechnungslegung bei Patentverletzungen nicht sowohl um die direkte

[66]) Warneyer 1918 Nr. 232; RG Bd. 50 S. 115; Bd. 62 S. 321; Bd. 83 S 96; Bd. 84 S. 371; Bd. 95 S. 220.

Anwendung dieser anderen Normen auf den Tatbestand der Patentverletzung gehandelt hat, als um eine durch die Analogie mit der sog. unechten Geschäftsführung ohne Auftrag begründete Ausbildung des patentrechtlichen Begriffs der Entschädigung[67])" (§ 35 Patentges.). Dieser Paragraph bestimmt nämlich, daß zur Entschädigung verpflichtet ist, wer wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit eine fremde Erfindung in Benutzung nimmt. Durch Verbindung mit §§ 687 II, 666, 667 BGB gibt das Reichsgericht auch bei grobfahrlässiger Verletzung den Anspruch auf Gewinnherausgabe und Rechenschaftsablegung, womit es einem allgemeinen rechtspolitischen Bedürfnis entgegengekommen ist.

Freilich widerspricht diese Ausdehnung dem klaren Wortlaut des § 687 II BGB, der wissentliches Handeln voraussetzt[68]); aber das ist eben das Entscheidende, daß dieser Paragraph eine neue und weitere Fassung erfahren muß, denn er enthält in dieser Hinsicht „eine viel zu eng gezogene und schwer zu überwindende Schranke[69]). Die Rechtsprechung wird bei der grobfahrlässigenPatentverletzung sicher nicht Halt machen können, sondern ebenso bei den übrigen Ausschlußrechten entscheiden müssen[70]); es würde sich kaum ein Grund dafür finden lassen, zwischen grobfahrlässiger Patent- und grobfahrlässiger Urheber- oder Warenzeichenverletzung zu unterscheiden. Was für das eine Ausschlußrecht gilt, muß auch bei den anderen zur Anwendung kommen; aber auch der letzte Schritt ist noch zu wagen, indem nämlich j e d e r Grad von Fahrlässigkeit genügt, um § 687 II BGB anzuwenden. Freilich muß man zugeben, daß die Ausdehnung bis zur culpa levissima oftmals zu einer unbilligen Härte für den Handelnden führen kann. Bejaht man aber die Anwendbarkeit des § 687 II BGB bei grobfahrlässiger Geschäftsführung, so wird die Abgrenzung zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit häufig schwieriger sein als zwischen vorsätzlichem und fahrlässigem Handeln. Läßt man j e d e n Grad von Fahrlässigkeit in § 687 II BGB zu, so wird erst dann diese Bestimmung eine feste Grundlage bilden, um die ausdehnende Rechtsprechung des Reichsgerichts gesetzlich belegen zu können. Es würde daher sich vielleicht de lege ferenda empfehlen, nicht eine Veränderung der zahlreichen einzelnen Spezialgesetze vorzunehmen, sondern dem § 687 II BGB eine solche Fassung zu geben, die dem Zweck dieser Bestimmung und dem praktischen Gebrauch sowie dem rechtspolitischen Bedürfnis entspricht wie etwa: Schuldhafte und rechtswidrige Behandlung fremder Geschäfte im eigenen Interesse verpflichtet zur Gewinnherausgabe und Rechenschaftslegung.

---

[67]) RG Bd. 43 S. 56; Bd. 46 S. 14; Bd. 70 S. 249.
[68]) Heck S. 360; Riezler S. 129; Marwitz-Möhring S. 261.
[69]) Franke S. 57.
[70]) a. A. Orth S. 22; Franke S. 58.

§ 4.

Zusammenfassung.

Neben den Klagen aus unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung steht § 687 II BGB als selbständiger Anspruch auf Herausgabe des Gewinns bei widerrechtlichem Eingriff in fremde Rechte. Seine besondere praktische Bedeutung hat er in allen den Fällen, wo § 816 I und § 281 BGB versagen. Daher findet er insbesondere bei Verletzung fremder Immaterialgüter und Aneignungsrechte und auch der noch nicht bis zum Ausschlußrecht entwickelten, geschützten Rechtsgüter Anwendung; hier spielt die Frage, auf Grund welcher Bestimmung der rechtswidrig erzielte Gewinn gefordert werden kann, eine besondere Rolle, da der Erlös oft einen beträchtlichen Umfang erreicht. Gleichzeitig aber gibt § 687 II BGB durch Verweisung auf § 666 BGB das Mittel in die Hand, den Umfang des Gewinnes festzustellen; die Klage auf Rechenschaftsablegung bildet also die notwendige Ergänzung zu dem Herausgabeanspruch. Angesichts dieser praktischen Bedeutung des § 687 II BGB ist eine weite Auslegung des Gesetzes geboten, die es erlaubt, unter möglichst gleicher Behandlung aller Ausschlußrechte die zahlreichen Grenzfälle zu lösen.

Lebenslauf.

Am 29. Januar 1909 wurde ich, Bendix von Bargen, in Berlin als Sohn des Kaufmanns Johann von Bargen und seiner Frau Elisabeth, geb. Nehls, geboren. Neun Jahre besuchte ich das Realgymnasium in Berlin-Mariendorf, drei weitere Jahre das Realgymnasium in Berlin-Lankwitz. Dort bestand ich Ostern 1927 die Reifeprüfung. Dann studierte ich Rechtswissenschaft, fünf Semester in Berlin und drei in Marburg. Am 19. Dezember 1931 legte ich mein erstes Staatsexamen am Oberlandesgericht Kassel ab. Seit dem 1. April 1932 bin ich im Referendar-Ausbildungsdienst tätig.